

中国房地产
法律实务研究论坛会刊

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

土地股份制改革专号

刘云生·主编

第11卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 11

所有人抵押权探析

——以对德国法和瑞士法的分析为视角 陈华彬

我国土地收购储备制度的实证研究与模式比较 赵奔涌

论前期物业服务合同 曾祥龙 葛治华

论我国不动产登记簿的效力 李新天 何可人

论农村基地使用权期限 庞伟伟

不动产善意取得制度若干问题研究 倪桂芳

生态地役权制度研究 杨惠喜

环境保护视野下的不可量物侵害

——评赵文欣诉上海商城等相邻关系纠纷案 马勇

宅基地使用权流转性的探讨 危思敏

土地违法建筑实证考察及其处罚方式研究 季如莉

宅基地使用权流转的利益分配与风险防范 邓达江

论农村土地股份合作制改革中的权益平衡

——以重庆市农村新型股份合作社为研究对象 程凤君

农地股份合作三大模式比较分析 张远良

农村土地信托的发展困境与出路 刘云

农村土地信托流转模式研究 梁燕

论土地承包经营权信托中农户权益之保障 王斌

房地产投资信托制度探析及建立之现实意义 潘黔

房地产投资信托法律研究——以“中信起航”为考察对象 潘甜



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
06

中国房地产法律实务研究论坛会刊
土地股份制改革专号

刘云生·主编

第11卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 11



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第11卷 / 刘云生主编. —北京:
法律出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5118-8488-6

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923.24-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第227624号

© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英 似 玉	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社 总发行/中国法律图书有限公司 印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	编辑统筹/财经出版分社 经销/新华书店 责任印制/吕亚莉
开本/787毫米×1092毫米 1/16 版本/2015年10月第1版	印张/14.75 字数/320千 印次/2015年10月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073) 电子邮件/info@lawpress.com.cn 网址/www.lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779 咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073) 全国各地中法图分、子公司电话: 第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908 上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-8488-6	定价:43.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国民法研究会顾问，
武汉大学教授、博士研究生导师。

为实现中国
房地产业法治
化教与呼！

——热烈欢迎广大房地产业
体察身研究论坛开办
余能斌 二〇〇六
六月十五

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

中国房地产业法律实务研究论
坛人才荟萃，理论联系实际，
运作有序，必将为中国房地产业
业的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

金平
二〇〇六.六.二二

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师。

办好中国房地产业
论坛
完善中国房产业
法制

梁慧星
06.6.15

王利明

中国人民大学副校长，
教授、博士研究生导师，
中国民法研究会会长。

祝《中国房地
产法律实务研
究论坛》越办越
好！

王利明
2006.6.23
于重庆

陈小君

中南财经政法大学副校长，
教授、博士研究生导师。

谨祝论坛——
穿西贯南，融
中汇外，
历经传统房地产制度之
保守，居现代房地产法
治之鳌头。
陈小君
06.6.15

龙宗智

著名法学家，原西南政法大学生长，
四川大学教授。

为创建有活力、有
秩序的中国房地产市场
而努力！
——贺中国房地产法律
实务研究论坛开办
龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师，
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒
心，民有恒产，则
有爱国爱社臣的
恒久之心。
孙宪忠
2006年6月21日

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士研究生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。
王卫国
2006年6月24日

目 录

论坛聚焦

- 3 所有人抵押权探析
——以对德国法和瑞士法的分析为视角
陈华彬
- 15 我国土地收购储备制度的实证研究与模式比较
赵弈涵
- 29 论前期物业服务合同
曾祥龙 葛治华

理论探索

- 37 论我国不动产登记簿的效力
李新天 何可人
- 45 论农村墓地使用权期限
庞伟伟
- 54 不动产物权善意取得制度若干问题研究
倪桂芳
- 75 生态地役权制度研究
杨惠嘉

法律实务

- 89 环境保护视野下的不可量物侵害
——评赵文欣诉上海商城等相邻关系纠纷案
马 勇
- 98 宅基地使用权流转性的探讨
危思敏

110 土地违法建筑实证考察及其处罚方式研究

季如莉

土地股份制改革专题

123 宅基地使用权流转的利益分配与风险防范

邓达江

132 论农村土地股份合作制改革中的权益平衡

——以重庆市农村新型股份合作社为研究对象

程凤君

142 农地股份合作三大模式比较分析

张远良

房地产信托专题

151 农村土地信托的发展困境与出路

刘 云

159 农村土地信托流转模式研究

梁 燕

177 论土地承包经营权信托中农户权益之保障

王 斌

198 房地产投资信托制度探析及建立之现实意义

潘 懿

209 房地产投资信托法律研究

——以“中信启航”为考察对象

潘 甜

编者手记

227 可有可无民法典

论坛聚焦

所有人抵押权探析

——以对德国法和瑞士法的分析为视角

陈华彬*

一、问题的提出

所有人抵押权,又称所有人抵押,指所有权人于自己所有的财产上由自己保有抵押权。一般抵押权只能存在于抵押权人以外的人(债务人或第三人)所拥有的财产上,而所有人抵押权系所有权人于自己的财产上为自己而存在的抵押权。这种制度系现代各国抵押权法中一种十分特殊的制度。我国《物权法》尽管未规定此制度,但由梁慧星研究员负责起草的《中国民法典草案建议稿》第256条第1款和第556条定有此制度的明文。^①最高人民法院关于《适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第77条则是明定此制度,其规定:“同一财产向两个以上债权人抵押的,顺序在前的抵押权与该财产的所有权归属一人时,该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。”这些规定表明我国学说与司法解释肯认所有人抵押权制度的基本立场。

所有人抵押权主要可以分为两类:其一,所有权人在自己的财产上为自己设立的抵押权。此种抵押权自始即为所有权人享有,故被称为原始的所有人抵押权。其又因系为尚未存在的债权而设定,基于所有人的设定而存在,所以又称为设定的所有人抵押权。其二,原为他人所成立的抵押权,之后因某些原因(如混同)而归于抵押物所有人取得的抵押权。此种抵押权系抵押权成立之后才发生,故称为后发的所有人抵押权。^②我国现行法与司法解释未认可原始的所有人抵押权,上述《担保法解释》所认可的系后发的所有人抵押权。

在比较法上,大陆法国家的抵押权可以分为保全抵押权和流通抵押权两类。其中,日本、

* 陈华彬,中央财经大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

① 《中国民法典草案建议稿》第256条第1款规定:“不动产物权人,可以为自己将来设定一项类型肯定、范围明确的物权,保留一个确定的顺位。顺位的保留,自登记时生效”;第556条规定:“同一物上设定的抵押权与该物的所有权归属于一人,且在该抵押物上另有其他担保物权时,抵押权不因混同而消灭。”参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》(第3版),法律出版社2013年版,第55页、115页。

② 谢在全著:《民法物权论》(下册),文太印刷企业有限公司2007年修订第4版,第197~198页。

韩国、中国、法国及我国台湾地区的抵押权属于前者,而德国民法与瑞士民法的抵押权,则主要属于后者;即在这两个国家,抵押权系以流通抵押权为主,保全抵押权为辅。而所谓保全抵押权,指专以担保债权的实现(即债务的清偿)为目的的抵押权;所谓流通抵押权,指将抵押权化体为证券,专以流通为旨趣的抵押权。在德国与瑞士,其在认可保全抵押权之外,也认可原始的所有人抵押权,而原始的所有人抵押权则主要是一种以流通为基本功能的抵押权。由于所有人抵押权(尤其是原始的所有人抵押权)于整个抵押权法体系中的特殊地位,笔者拟对认可该制度的典型国家——德国和瑞士——法律上的所有人抵押权制度予以分析、考量,期冀借他山之石,以从解释论和立法论角度完善物权法的相关规定。

二、所有人抵押权制度的比较法考察——以德国法上的所有人土地债务与后发的所有人抵押权为中心

根据《德国民法典》的规定,所有人抵押权依据是否伴有债权为标准,可以分为“伴有债权的所有人抵押权”(forderungsbekleidete Eigentümerhypothek)与“不伴有债权的所有人抵押权”(forderungsentkleidete Eigentümerhypothek)。^③其学说认为,仅前者为所有人抵押权,而后者为所有人土地债务(Eigentümergrundschild)。依据所有人抵押权成立方式的不同,可分为“自始成立的所有人抵押权”与本为一般的他主抵押权(Fremdhypothek)、之后才演变为所有人抵押权的“后发的所有人抵押权”(nachträgliche Eigentümerhypothek)。前者又称为“原始的所有人抵押权”(ursprüngliche Eigentümerhypothek),即“不伴有债权的所有人土地债务”。后者又称为“后发的所有人抵押权”,其包括“伴有债权的所有人抵押权”与“不伴有债权的所有人土地债务”。由此,在德国法上,所有人抵押权可以分为三种:原始的所有人土地债务、后发的所有人土地债务及后发的所有人抵押权。^④

(一)原始的所有人土地债务

根据德国法,引起原始的所有人土地债务^⑤发生的因由有三:其一,被担保债权不成立;其二,抵押证券的发行;其三,土地所有人以自己的名义设定土地债务。分述如下:

1. 被担保债权不成立

《德国民法典》第1163条第1项规定,为担保某债权而已设定抵押权的,在该债权未成立时,抵押权归属于土地所有人;债权消灭时,土地所有人取得其抵押权。未免除交付抵押权证券者,在证券交付于债权人前,抵押权由所有人享有。据此规定,其一,抵押权虽已设定,但于

^③ Hedemann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1960, S. 331f.; Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, 2. Aufl. 1921, S. 61f.

^④ [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第122页;[日]铃木禄弥著:《抵押制度的研究》,一粒社1968年版,第169页。

^⑤ 在德国法上,根据其民法典第1191条的规定,所谓土地债务(Grundschild),指无被担保债权,支配或把握土地的担保价值,由该土地中受优先支付的不动产担保权。参见[日]村上淳一等著:《德国法入门》,有斐阁1994年版,第121页。

债权不成立时,应成立所有人抵押权。此种情形,无论被担保债权不成立的原因为何,^⑥抵押权均由土地所有人享有,即成立所有人土地债务。其二,抵押权若为担保将来债权或附条件债权而设定的,因设定抵押权时,债权尚未成立,故抵押权应作为所有人土地债务而归属于土地所有人;但若债权成立,则移转至债权人而变成他主抵押权。由此,此种情形下的所有人土地债务,实际上是“一时的所有人土地债务”(vorläufige Eigentümergrundschild),理论上称为“附解除条件的所有人土地债务”。^⑦

2. 抵押证券的发行

根据《德国民法典》的规定,证券抵押权,即在设定抵押权后须交付抵押证券的抵押权。又依《德国不动产(土地)登记法》,须交付抵押证券(Hypothekenbrief)的证券抵押权(Briefhypothek)的场合,不动产(土地)登记机关作成抵押证券并交付于土地所有人,^⑧之后土地所有人再将抵押证券交付给债权人。《德国民法典》第873条第1项尽管规定依设定的合意与登记设定抵押权,但在需要发行抵押证券时,依同法第1117条第1项的规定,则只有向债权人交付了抵押证券,债权人才可以取得抵押权。由此,抵押权尽管已经设定,但抵押证券尚未作成,抑或虽已作成但尚未交付给债权人时,即作为所有人土地债务而归由土地所有人享有。此种情形的所有人土地债务,性质上也属于“一时的所有人土地债务”。

依上述《德国民法典》第1117条第1项和第1163条的规定,因交付抵押证券时才交付借贷(融资)的资金,所以债权人和土地所有人的利益由此可以得到兼顾和保护。换言之,债权人交付金钱时方可取得抵押权,而土地所有人于获得金钱前,也未予以债权人以任何利益。^⑨《德国民法典》第1117条第2项同时规定,债权人依与土地所有人的合意,可直接由登记机关受抵押证券的交付。^⑩由此,《德国民法典》第1117条第1项和第1163条对于土地所有人具有多大的保护效力,即存在疑问。^⑪

3. 土地所有人以自己的名义设定土地债务

在德国,根据《德国民法典》第1196条第1项的规定,土地债务也可为土地所有人而设定。此在理论上被称为“以自己的名义设定土地债务”。要设定此种土地债务,土地所有人应向不动产登记机关表示为自己设定土地债务并于不动产(土地)登记簿册予以登记的意思,并实际进行登记。^⑫换言之,土地所有人以自己的名义,并依自己的意思表示而于不动产登记机关实施土地债务的设定。之后土地所有人若发现有适当的融资机会时,即可以该土地债务供

^⑥ 例如,在消费借贷的情形,为担保金钱债权而设定抵押权,但实际上并未交付金钱,债法上的行为当属无效。此时,为担保金钱债权而成立的抵押权得作为所有人抵押权而归属于作为债务人的土地所有人。参见[日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第125页注释10。

^⑦ [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第122~123页;[日]铃木禄弥著:《抵押制度的研究》,一粒社1968年版,第17页。

^⑧ 德国《不动产(土地)登记法》(Grundbuchordnung vom. 24. März 1897,简称GBO)第56条、第60条。

^⑨ [德]Nußbaum:《德国抵押制度论》,宫崎一雄译,清水书店1932年版,第106页。

^⑩ 《德国民法典》第1117条第2项规定:“债权人可与土地所有人订立下述协议:允许债权人径向不动产登记处请求交付证券,以代抵押证券的交付。”

^⑪ [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第123页。

^⑫ 参见《德国民法典》第1196条第2项。

作担保而获取融资,^⑬抑或将该土地债务保留于自己之手,供作他用。^⑭

值得指出的是,德国民法的一般抵押权(普通抵押权),系以担保债权的清偿为目的,且以债权的先期存在为前提,于无担保的债权时,即不能以自己的名义或以自己的土地设定抵押权;与此不同,德国法上的土地债务尽管实际上也系用于债权的保全,但因它采取切断与债权的沾连的法律构成,^⑮所以《德国民法典》第1196条第1项规定了原始的所有人土地债务。此种土地债务的功用有二:一是土地所有人以自己的名义先设定此种土地债务,之后遇到适当的融资对象时,将其供作债权的担保而获取融资;二是通过此种所有人土地债务而保留先顺位以备将来用之,而现今则利用后顺位抵押权或后顺位土地债务。^⑯

(二)后发的所有人土地债务

根据德国法,引起后发的所有人土地债务得以发生的因由有五:(1)被担保债权的消灭;(2)抵押权的放弃(抛弃);(3)债权人不明;(4)债务承担;(5)强制执行的撤销。分述如下:

1. 被担保债权的消灭

根据《德国民法典》第1163条第1项第2句的规定,有效成立的被担保债权于其发生消灭时,他主抵押权归属于土地所有人而成为所有人土地债务。引起被担保债权消灭的原因中,最常见、最重要的是土地所有人的债务人清偿了自己的债务。另外,因继承而使抵押权与所有权归属于同一人时,原抵押权也会变成土地债务。^⑰唯《德国民法典》第1178条第1项规定,“抵押权系为担保迟付的利息或迟付的其他附随给付,及为担保应偿还债权人的费用而设定的,若抵押权与土地所有权同归于一人,抵押权消灭;但请求上述各该给付的权利,如原为第三人的权利的内容的,其抵押权不消灭”,值得注意。

2. 抵押权的放弃(抛弃)

根据《德国民法典》第1168条的规定,债权人可以通过向不动产登记机关或土地所有人为单方面的意思表示及进行登记而放弃(抛弃)抵押权。此时,债权脱离原抵押权的担保而作为所有人土地债务归属于土地所有人享有。另外,因债务的免除(Erlaß)而导致债权消灭的,原抵押权也作为所有人土地债务而归土地所有人享有(《德国民法典》第1163条第1项第2句)。

值得指出的是,根据《德国民法典》的规定,当土地所有人享有永久排除抵押权的抗辩权

^⑬ 土地债务和抵押权之间的相互转换,不仅可能且也为《德国民法典》第1198条所明定。即所有人既可将所有人土地债务转换为他主抵押权,也可原封不动地转让他主土地债务。

^⑭ 比如,当自己的女儿出嫁时,将之用作嫁资赠与给她。需指出的是,关于抵押权的设定,尽管土地所有人的意思表示有效,但如因行为能力方面的原因致对方的意思表示无效时,应不成立他主抵押权;但是,对于此种情形可否成立《德国民法典》第1196条所定的所有人土地债务,则存在分歧。肯定说认为,根据土地所有人一方的意思表示,所有人土地债务即可成立,此为《德国民法典》第1196条的真意;与此不同,否定说则认为,土地所有人表示自己意思的对方,由契约的对方变为不动产登记机关,以及意思表示的内容由为债权人设定抵押权,变为为土地所有人设定土地债务,均有悖于法律行为的一般原则,故不应适用《德国民法典》第1196条的规定。参见[日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第125页注释18。

^⑮ 参见《德国民法典》第1191条。

^⑯ [日]铃木禄弥著:《抵押制度的研究》,一粒社1968年版,第170页。另外,土地债务与抵押权因可相互转换(参见《德国民法典》第1198条),所以土地所有人可把所有人土地债务变更为他主抵押权。

^⑰ 参见《德国民法典》第1163条第1项后句、第1177条第1项。

时,土地所有人可请求债权人放弃(抛弃)其抵押权(第1169条)。由此,原抵押权作为所有人土地债务而由土地所有人取得。此外,放弃(抛弃)为担保附随给付而设定的抵押权无须登记,仅向土地所有人为抛弃的意思表示即可(《德国民法典》第1178条第2项)。尽管因放弃(抛弃)该原抵押权也转化为所有人土地债务,但得立即消灭(《德国民法典》第1178条第1项)。由此,该抵押权的放弃(抛弃),实际上也就是抵押权的废止(Aufhebung)。^⑮

3. 债权人不明

在德国法上,当债权人不明时,可通过公示催告程序(Aufgebotsverfahren)除斥(Ausschluss)抵押权,所有人由此取得所有人土地债务(《德国民法典》第1170条、第1171条)。对此,德国法规定了两种方法:其一,债权人不明时,自抵押权最后登记之时起经过10年,并且土地所有人在此期间内又未曾进行《德国民法典》第208条所定的各种中断时效的行为,足以表明其不承认债权人的抵押权的,即可依公示催告程序,排除债权人的抵押权(《德国民法典》第1170条);其二,债权人不明时,土地所有人在有向债权人为清偿或通知的权利的情形,且曾为债权人提存其债权金额而又经声明抛弃取回权的,可依公示催告程序排除债权人的抵押权(即无须第1170条所定的经过10年的条件)(《德国民法典》第1171条第1项)。据此规定,可知即使未经过《德国民法典》第1170条所定的10年期间,但只要符合第1171条所定的要件,土地所有人也可除斥抵押权,进而原抵押权作为所有人土地债务由其享有。^⑯之所以如此,系因为《德国民法典》第1170条为原则性规定,而第1171条则为特别规定。

4. 债务承担

在德国法上,根据其规定,为他人的债务设定抵押权时,若债权人未获土地所有人的同意而让第三人为债务承担(Schuldübernahme)的,视为放弃(抛弃)抵押权(《德国民法典》第418条第1项)。由此,被放弃(抛弃)的抵押权与原所担保的债权分离而移转给土地所有人,变成所有人土地债务(《德国民法典》第1168条)。之所以如此,系在于防止因债务人的更替而损害土地所有人的利益。^⑰

5. 强制执行的撤销

在德国法上,根据其《民事诉讼法》的规定,当作为强制执行的一种方法的“强制抵押权”(Zwangshypothek),抑或作为临时扣押之执行的“临时扣押抵押权”(Arresthypothek)被设定时,若强制执行或临时扣押的执行被撤销(取消)的,原抵押权即作为所有人土地债务而归属于土地所有人(第866条、第867条、第933条第1项、第868条、第932条第1项)。^⑱

(三)后发的所有人抵押权

在德国法上,后发的所有人抵押权系由他主抵押权转化而来,其发生或成立仅限于抵押土地的所有人与债务人为不同之人的情形。根据《德国民法典》的规定,后发的所有人抵押权

^⑮ [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第127页。

^⑯ 同上,第127页。

^⑰ 同上,第128页。

^⑱ 同上,第128页。

得以发生的因由有二:(1)土地所有人的清偿;(2)混同。分述如下:

1. 土地所有人的清偿

根据《德国民法典》的规定,非债务人的抵押地所有人就债务的清偿有正当利益的,其可代债务人清偿(第1142条)。此时,为确保土地所有人对债务人的求偿,债权人对债务人的债权移转于土地所有人(《德国民法典》第1143条第1项)。同时,原抵押权也移转给土地所有人(《德国民法典》第1153条),所有人为担保对债务人的债权而在自己的土地上取得所有人抵押权。不过,当土地所有人对债务人负有代替履行的义务时,其即使实施了清偿,也不发生土地所有人对债务人的求偿权,债权消灭的同时抵押权即归属于土地所有人,成为所有人土地债务(《德国民法典》第1163条第1项第2句)。^②

2. 混同

在德国法上,当因继承、不动产转让而使不动产所有权与抵押权归属于同一人时,抵押权并不因混同而消灭(《德国民法典》第889条)。此时,由所有人享有抵押权。即土地所有人为担保债权而在自己的土地上享有抵押权。^③

(四)小结

综上所述,在德国法上,广义的所有人抵押权(包括土地债务)的成立,主要分为两种情形:一为“设定”,即所有人为自己而于自己的所有物上设定抵押权,其抵押权自始即为所有人自己所有,是为原始的所有人抵押权;二为“法定”,即为他人所设定的抵押权,但基于法定的原因,而后归于所有人自己取得,是为后发的所有人抵押权。至于“法定的原因”,则主要包括:被担保债权的消灭(《德国民法典》第1163条第1项后句)、抵押权的抛弃(《德国民法典》第1168条第1项)、债权人不明(《德国民法典》第1170条)、债务承担、强制执行的撤销、土地所有人的清偿(《德国民法典》第1143条第1项)及抵押权与所有权的混同(《德国民法典》第889条)等。^④

三、所有人抵押权制度的比较法考察——以瑞士法上的空位(空白)担保位置制度为中心

(一)基本概要

瑞士是德国的邻邦,两国法在诸多方面具有共通点。瑞士法上的所有人抵押权,其法制史上的肇源可以追溯到与德国法上的定期金买卖相类似的“Gültrecht”。根据早期的Gültrecht,一土地仅可供作一次担保,但至后来,以同一土地设定数个担保也获承认。不过在此情形下,后成立的担保权仅能取得先成立的担保权满足其债权的清偿后所剩下的余额。另

^② [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第130页。

^③ 同上,第130~131页。

^④ 郑玉波著、黄宗乐修订:《民法物权》,三民书局2007年版,第346页。

外,根据瑞士法,土地所有人可以发行地租证券(Gültbrief),土地所有人可在自己所有的土地上取得抵押权。19世纪中期以后,瑞士法规定,同一土地的先顺位抵押权因清偿或混同而消灭时,后顺位抵押权人不得升进其顺位,即由土地所有人享有所消灭的抵押权及其顺位。此外,瑞士法还规定,所有人在未将证券交付给第三人之前,于自己的所有物上也可成立所有人抵押权。^⑤

(二)空位(空白)担保位置制度

瑞士现行法规定了与德国法所有人抵押权制度相关联的空位(空白)担保位置制度。根据现行《瑞士民法典》的规定,瑞士法的不动产担保权分为三种:地租证券、抵押债务证券及登记担保权(土地抵押证券)。这三种不动产担保权的共同特征之一即是实行空位(空白)担保位置制度。^⑥

根据瑞士法的规定,当在某不动产上设定了不同顺位的不动产担保权时,即使先顺位的不动产担保权消灭,后顺位的不动产担保权人也不得请求升进(递升)其顺位,于业已消灭的原不动产担保权顺位上,不动产所有人可以设定新的不动产担保权(《瑞士民法典》第814条第1项、第2项)。如前所述,在德国法上,此种情形根据《德国民法典》的规定,得成立所有人抵押权。而根据《瑞士民法典》的规定,不动产担保权自身消灭,留下空位(空白)担保位置。在新的不动产担保权未被设定前,若其他的不动产担保权被实行的,拍卖担保不动产所得的价金(价款)对于后顺位的不动产担保权按照其顺位而分配(《瑞士民法典》第815条)。由此,即发生与后顺位的不动产担保权的顺位升进(递升)相同的效果。无疑,瑞士法的空位(空白)担保位置制度,其主要的价值与功能在于,不动产所有人可以利用该空位(空白)担保位置而设定新的先顺位不动产担保权,由此以获得有利的融资。^⑦

四、所有人抵押权与民法诸规则的关系

如前所述,所有人抵押权是一项十分特殊的制度,其涉及与民法上的诸多规则是否抵触、齟齬的问题。具体言之,所有人抵押权与如下民法规则的关系有必要予以厘清,由此证成该制度所具有的独立价值与意义。

(一)所有人抵押权与顺位

1. 所有人抵押权与顺位固定规则

顺位固定,指先顺位抵押权消灭时,后顺位抵押权一仍其旧,不得升进。所有人抵押权的

^⑤ [日]石田文次郎著:《投资抵押权的研究》,有斐阁1932年版,第271~272页;陈祺炎:“关于所有权人抵押本质之研究”,载郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(下册),五南图书出版股份有限公司1984年版,第697页;陈华彬著:《物权法研究》(修订版),法律出版社2009年版,第356页。

^⑥ 陈华彬:“瑞士不动产担保权制度研究”,载《环球法律评论》2009年第4期。

^⑦ [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第165~166页。

优点之一是,对于因清偿及其他事由而归属于自己的抵押权或土地债务,所有人可将原来的顺位原原本本的让与(设定)给第三人以获取融资。因此,所有人抵押权一经成立,即剥夺了后顺位抵押权人的顺位升进(递升)的可能。此即所有人抵押权的成立,采取顺位固定规则。^②

如前所述,德国法与瑞士法采取了顺位固定规则。唯德国法有所有人抵押权不成立或抵押权消灭时,后顺位抵押权得升进(递升)的规定。换言之,德国法并未普遍采取顺位固定规则,而仅于所有人抵押权的情形肯认之。即因有先顺位的所有人抵押权,所以后顺位抵押权不得升进(递升)其顺位。而于瑞士法上,先顺位即使变成“空位”,后顺位抵押权也不得升进其顺位。换言之,根据《瑞士民法典》的规定,先顺位抵押权消灭时,所消灭的“担保位置”(Pfandstelle)即变成“空位(空白)”而被保留下来,后顺位抵押权不得升进其顺位。^③另外,根据瑞士法,所有人自始可以保留先顺位的“空位”,而设定后顺位的抵押权。由此,相较于德国法,瑞士法可以说更彻底地采取了顺位固定规则。^④

2. 所有人抵押权与顺位保留制度

如前所述,在德国法上,土地所有人可自始以自己的名义于自己的土地上设定所有人土地债务。此种情形,所有人为自己保留先顺位土地债务以备将来之用,而现今则利用后顺位抵押权或后顺位土地债务,将来可自由地将先顺位的所有人土地债务让与给他人,而十分容易地获得融资。值得指出的是,具有与此相当的功能的制度,在德国法上还有顺位保留(Rangvorbehalt)制度。由此,有必要予以分析。

根据德国法的规定,物权的顺位尽管依登记的先后顺位而定,但土地所有人在进行定限物权(如甲抵押权)的设定的登记时,可以保留给予后登记的权利(如乙抵押权)以优先的顺位(《德国民法典》第881条)。唯保留的权利(乙抵押权),须登记于土地登记簿册,并与因保留而顺位退后的权利(如甲抵押权)登记在一起。土地所有人行使此权利时,乙抵押权即变成第一顺位,甲抵押权则变成第二顺位。^⑤

但应指出的是,在甲抵押权的设定完成登记后,所保留的优先顺位的权利(乙抵押权)未登记前,复于土地上设定不享有保留权的权利(丙抵押权)并进行登记的,其保留的权利(乙抵押权)的优先顺位,将因新设定的权利(丙抵押权)的登记而受损害。换言之,根据顺位保留制度的功能,所谓后设定的抵押权优先,仅指优先于最初设定的特定的抵押权(甲抵押权),因此在保留了优先顺位的抵押权(乙抵押权)未被设定前而又设定其他抵押权(如丙抵押权)的,就会产生出复杂的效果。^⑥与此不同,在德国法上,当事人设定所有人土地债务的情形,自始顺位关系即被固定,之后即便后抵押权或土地债务成立,也不会产生顺位保留制度场合的

^② [日]松井宏兴著:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第138页。

^③ 《瑞士民法典》第814条第1项规定:“就同一土地设定不同顺位的数个抵押权的,当一土地抵押权消灭时,后顺位的土地抵押权人不得请求递补其空位。”

^④ 《瑞士民法典》第813条第2项规定:“土地抵押权得指定其为第二或其他任意顺位而设定之,但须于登记时,就一定金额保留其优先顺位。”

^⑤ [日]山田晟著:《德国法律用语词典》,大学书林1995年版,第506页。

^⑥ [日]铃木禄弥著:《抵押制度的研究》,一粒社1968年版,第183页。